

# VU Research Portal

## De kunst van het verleiden: over de 'Presolve Zienswijzemethode' bij bouwprojecten

Van Wassenauer, A.G.J.; Jansen, c.e.c.; Ochtman, J.; Smeets, P.H.M.; Van de Vijver, J.J.

### **published in**

Tijdschrift voor Bouwrecht  
2020

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Van Wassenauer, A. G. J., Jansen, C. E. C., Ochtman, J., Smeets, P. H. M., & Van de Vijver, J. J. (2020). De kunst van het verleiden: over de 'Presolve Zienswijzemethode' bij bouwprojecten. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 13(9), 754-760. [116].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De kunst van het verleiden: over de 'Presolve Zienswijzemethode' bij bouwprojecten

– Mr. A.G.J. van Wassenauer, prof. mr. C.E.C. Jansen, ir. J. Ochtman, mr. P.H.M. Smeets en mr. ir. J.J. van de Vijver<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

**B**ouwgeschillen, zeker als die tijdens de bouw zelf optreden, leiden niet zelden tot vertraging van het bouwproject, tot een verdere verstoring van de samenwerking en tot hoge extra kosten. Om die reden zijn er in de afgelopen decennia diverse methoden ontwikkeld die zich richten op zowel het voorkomen van geschillen, als op het zo snel mogelijk (voorlopig<sup>2</sup>) oplossen daarvan. Aldus wordt bereikt dat de bouwende partijen zo snel mogelijk weer door kunnen werken aan de spoedige en ongestoorde voltooiing van hun project.

De afgelopen jaren is ervaring opgedaan met een flexibele methode die zo snel mogelijk tot een oplossing van eenmaal gerezen geschillen leidt, of er in ieder geval voor zorgt dat deze partijen het project gezamenlijk kunnen voortzetten vanuit een gezamenlijk perspectief. Deze 'Presolve Zienswijzemethode' voorziet in een flexibel, snel, laagdrempelig, non-controversieel proces. Dat proces kan leiden tot verschillende uitkomsten, te weten: een vaststellingsovereenkomst met een oplossing die partijen treffen na een bemiddelingstussenstap, een niet-bindend ('richtinggevend') advies, dan wel een bindend advies.

Een 'zienswijze-proces' waarbij partijen gevraagd wordt hun standpunt gelijktijdig neer te leggen (in plaats van serieel met eis/antwoord/replik/duplik) is op zich niet nieuw en bijvoorbeeld ook onderdeel van de Fast Track Bindend Advies procedure van de Raad voor Arbitrage voor de Bouw. Hierop voortbouwend, heeft de vereniging Presolve dit uitgebreid tot een inclusieve methode waarin ook ruimte is voor andere resultaten dan een bindend advies.

In dit artikel beschrijven wij de achtergrond en inhoud van deze methode. Achtereenvolgens komen aan de orde wat wij van onze ervaringen hebben geleerd (*par. 2*), hoe de Presolve Zienswijzemethode er uit ziet (*par. 3*), welke gedachten bij het ontstaan ervan op de achtergrond meespeelden (*par. 4*) en wat de verschillen en overeenkomsten zijn tussen deze aanpak en andere procedures (*par. 5*).

Met de naam 'Presolve Zienswijzemethode' is overigens op geen enkele manier gepoogd een claim te leggen op het gebruiksrecht ervan, integendeel: de vereniging wil iedereen in de branche aanmoedigen deze methode toe te passen en te verbeteren. Dat betekent ook dat iedereen de 'Overeenkomst inzake toepassing van de Presolve Zienswijzemethode' (hierna: 'de modelovereenkomst'), waarin de methode procedureel is uitgewerkt, vrijelijk mag gebruiken.<sup>3</sup>

## 2. Wat hebben wij van onze ervaringen geleerd

Conflicten of meningsverschillen die kunnen optreden bij een bouwproject kenmerken zich door de belangrijke rol die de factoren 'tijd', 'geld' en 'het contract', daarbij spelen. Maar ook leeft er bij partijen de behoefte om een rol toe te kennen aan de

<sup>1</sup> Arent van Wassenauer is eigenaar van The Faithful Goose b.v. in Den Haag. Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij is tevens voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) en raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven Den Bosch en Den Haag. Jan Ochtman is adviseur bouwgeschillen. Paul Smeets is oplosser van bouwconflicten en arbiter. Jos van de Vijver is advocaat en bouwmediator. Alle auteurs zijn lid van de Vereniging Presolve. Met dit expertisecentrum beogen zij kennis op het gebied van geschillenvrij bouwen te bundelen en toegankelijk te maken voor de praktijk. De auteurs danken mr. B.C.L. van den Berg, mr. J.J. Leissner, mr. R.M. Sluijter en ir. P.P.M.K. Janssen voor het door hen geleverde commentaar op een eerder concept van dit artikel.

<sup>2</sup> In ieder geval tot aan de oplevering.

<sup>3</sup> Deze modelovereenkomst is te vinden op <[www.presolve.info](http://www.presolve.info)>.

wijze waarop men tot dan met elkaar is omgegaan (de samenwerkingsrelatie). Zulke conflicten of meningsverschillen, als deze niet snel kunnen worden opgelost, kunnen leiden tot gerechtelijke of arbitrale procedures en dat heeft mogelijk tot gevolg dat het project verder uitloopt en de verhoudingen op het werk verslechteren. Hoewel het in de bouw niet onmogelijk is om door te gaan met het werk terwijl gelijktijdig bij arbiters of de rechter een procedure loopt, draagt een dergelijke procedure maar zelden bij aan het (alsnog) realiseren van een succesvol project.

Een project mag overigens succesvol worden genoemd:<sup>4</sup>

- als het op tijd opgeleverd en operationeel is;
- binnen ieders budget (van opdrachtgever én opdrachtnemer);
- als het resultaat is wat partijen ervan hebben verwacht en dit in overeenstemming is met wat werd afgesproken;
- als alle 'stakeholders' - gebruikers, overheden en omgeving inbegrepen - tevreden zijn over zowel het resultaat als het daaraan voorafgaande proces van realisatie;
- en dit alles bij voorkeur zonder dat een gang naar de rechter of arbiter noodzakelijk was.

Als succes - het bereiken van het gezamenlijk doel - aldus kan worden bereikt, zijn daarbij zowel de (parallele) belangen van de opdrachtgevende als van de opdrachtnemende partijen gebaat. Om dit te bereiken, is een samenwerking tussen partijen noodzakelijk die 'het succesvol maken van het project', als een gedeeld doel ziet. Problemen die zich voordoen, moeten dan ook in de eerste plaats als 'projectgebonden' worden behandeld en niet als 'partijgebonden'. Helaas wordt het gemeenschappelijke doel gemakkelijk vergeten zodra zich een probleem of conflict voordoet. Men grijpt dan bijna automatisch naar het contract om het probleem op het bord van de ander te kunnen leggen en van zich te kunnen afschuiven. Dit gedrag is op zich logisch gezien het feit dat bouwcontracten gebaseerd op de UAV 2012 en de UAV-GC 2005, uitgaan van een strikte verdeling van verantwoordelijkheden. Samenwerken binnen die contracten gaat goed, zolang ieder zijn eigen verantwoordelijkheid en risico blijft accepteren. Samenwerken komt dan neer op het actief je eigen rol pakken. Dergelijke contracten voorzien niet in een regeling bij conflicten die uitgaat van gezamenlijkheid. Zij gaan uit van eigen verantwoordelijkheid: 'bemoeienis' van de ene partij bij het uitvoeren van taken door de andere partij

leidt mogelijk tot een gedeelde verantwoordelijkheid en daarmee risico en aansprakelijkheid.<sup>5</sup>

De Presolve Zienswijzemethode is een hybride tussen enerzijds het oplossen van een verschil van mening of conflict tussen partijen door middel van (vormen van) mediation of bemiddeling en anderzijds beslechting door bindend advies, arbitrage of een gang naar de rechter. Zij heeft met het eerste gemeen de wil van partijen om het geschil in onderling overleg op te lossen en met het tweede de zekerheid van een onafhankelijk oordeel als dit niet (helemaal) lukt. In die zin heeft de Zienswijzemethode ook iets weg van Med-Arb en van Arb-Med.<sup>6</sup>

De Presolve Zienswijzemethode is toepasbaar in elke fase van bouwprojecten, infrastructurele werken en gebiedsontwikkeling daaronder begrepen. De doorlooptijd van de gehele procedure kan tussen de zes en twaalf weken bedragen, sneller kan ook. In de planning worden alle stappen vooraf benoemd en aan tijdvakken gebonden. De bij de procedure betrokken adviseurs zien er op toe dat partijen en zij zelf zich aan die planning houden.

### 3. De Presolve Zienswijzemethode

De Presolve Zienswijzemethode kent maximaal acht stappen. Deze zijn niet in beton gegoten. De modelovereenkomst biedt een cafetariamodel<sup>7</sup>, waarbij sommige stappen ook kunnen worden overgeslagen of samengevoegd. Hieronder worden alle stappen kort besproken.

#### 3.1 Het aanzoeken en benoemen van de adviseur of adviseurs

Allereerst moeten de betrokken partijen één of meer onafhankelijke adviseurs benoemen om hen te begeleiden bij het vinden van een oplossing voor het tussen hen gerezen conflict of meningsverschil.<sup>8</sup> Soms lukt het niet om samen één adviseur te benoemen, bijvoorbeeld omdat partijen het niet eens worden over het gewenste profiel of over de meest geschikte kandidaat. In de praktijk blijkt het werken met twee onafhankelijke adviseurs dan ook tot goede resultaten te leiden, de ene benoemd

<sup>4</sup> Zie A.G.J. van Wassenae en C.H.J. Thomas, *www.werkinuitvoering21.com*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht Nr. 36, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008, p. 1-3 en recent ook A.G.J. van Wassenae, *A Practical Guide to Successful Construction Projects*, Oxon: Informa Law from Routledge 2017, p. 6-7.

<sup>5</sup> Zie in dit verband C.H.J. Thomas en A.G.J. van Wassenae, 'Samenwerken - een kwestie van vertrouwen: een zoektocht naar een dilatatievoegprofiel ter overbrugging van de kloof tussen opdrachtgever en aannemer', in: in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao en N. van Wijk-van Gilst (red.), *Eindafrekening met pepernoten. Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond*, Vriendenboek aangeboden aan prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 747-762. Zie ook het interview met C.E.C. Jansen, in: H.C.W.M. Moesker en S.J.H. Rutten (red.), *Bouwrechtjusristen*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2018, p. 65-66.

<sup>6</sup> Zie daarover bijvoorbeeld deze bijdrage van de Harvard Law School, Program on Negotiation: <<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/what-is-med-arb/>>.

<sup>7</sup> Zie art. 1 modelovereenkomst.

<sup>8</sup> Zie art. 2 modelovereenkomst.

door de ene partij en de andere door de andere. Indien twee adviseurs zijn benoemd en zij in een latere fase - indien bemiddeling niet tot resultaat leidt - tot een gezamenlijk advies moeten komen, blijkt de acceptatie van hun advies bij partijen groter. Dit ondanks het feit dat de adviseurs onafhankelijk zijn en zonder last of ruggespraak met de partijen die hen hebben benoemd moeten kunnen opereren. Daarbij is het nodig dat de adviseurs goed met elkaar kunnen samenwerken en zo nodig in staat moeten zijn samen tot een oordeel te komen, mocht dat van hen zijn gevraagd. Als de twee adviseurs niet tot een eensluidend advies kunnen komen, zoeken zij samen alsnog een derde. Hierna spreken wij overigens van 'adviseurs' ook als het gaat om één enkele adviseur.

Zoals gezegd, is het profiel van de aan te zoeken adviseurs belangrijk. Onafhankelijkheid ten opzichte van partijen, deskundigheid en ervaring bij het oplossen van (complexe) technisch getinte geschillen, beschikbaarheid en reputatie van de betrokken personen spelen daarbij een grote rol. Adviseurs kunnen zowel uit de juridische als uit de technische hoek komen.

Behalve adviseurs kan het aanbeveling verdienen om een secretaris toe te voegen. Dat kan zijn een ervaren secretaris van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, maar ook advocaten of juristen met griffiers- of andere arbitrage- dan wel geschillen- of tuchtcollege-ervaring zijn geschikt.

Na benoeming van de adviseurs en eventueel de secretaris stellen partijen en de adviseurs samen een planning op voor de gehele procedure.<sup>9</sup> Zo is elke stap en elke tussenstap daarin, gebonden aan procedurele afspraken. Net als bij arbitrage moeten adviseurs de bevoegdheid hebben om gedurende de loop van de procedure procedurele aanwijzingen te geven, na consultatie met partijen.

### 3.2 Het gemeenschappelijk formuleren van de vraagstelling

De tweede stap houdt in dat partijen gezamenlijk de vragen proberen te formuleren waarop zij een antwoord wensen.<sup>10</sup> Het helpt als zij daarbij kunnen aangeven waarover zij het wél eens zijn. Dit bespaart tijd en geld. Alle aandacht kan dan uitgaan naar waar partijen niet uit zijn gekomen. Ideaal is als partijen ook een gemeenschappelijke documentenlijst opstellen en - bij omvangrijke projecten - een digitale omgeving hiervoor inrichten.<sup>11</sup> Lukt

het partijen niet om samen de vragen te formuleren passend bij het probleem of conflict, dan kunnen de adviseurs partijen hierbij ondersteunen.<sup>12</sup> Dat kan zover gaan dat de adviseurs zelfstandig kennis nemen van alle stukken, bij partijen langs gaan om achtergronden en achterliggende belangen te vernemen om vervolgens zelf met een samenvatting van wat zij hebben opgepikt weer naar partijen terug te keren.

Het document dat hieruit voortkomt heeft, samen met de planning die het resultaat is van de hiervoor besproken eerste stap, wel wat weg van 'Terms of Reference' zoals die bij ICC-arbitrages worden gebruikt.<sup>13</sup>

### 3.3 Het indienen van de zienswijzen

Eén van de in het oog springende verschillen tussen "gewone" procedures (arbitrage en gerechtelijke procedures) en de Presolve Zienswijzemetode is dat partijen steeds gelijktijdig hun standpunten bij de adviseurs indienen. Er is dus geen gebruikelijke volgorde van eis/antwoord/replik/dupliek met conventie en eventuele reconventie. De partijen dienen gelijktijdig hun zienswijzen in en ook de volgende processtappen vinden gelijktijdig plaats. Dat bespaart tijd en geeft de adviseurs de gelegenheid om zelf de vragen te stellen die zij voor hun interventie belangrijk vinden, zonder dat partijen daarbij steeds op iedere stelling van de andere partij moeten reageren.

De derde stap begint dus met het verzoek van adviseurs aan partijen om ieder afzonderlijk hun zienswijze bij de adviseurs in te dienen.<sup>14</sup> Zij moeten zich daarbij richten op de in de tweede stap geformuleerde vragen, uiteraard met hun eigen inkleuring. Natuurlijk mogen zij daarbij een juridische duiding geven.

Om de snelheid en de focus van de procedure te bewaken, verdient het aanbeveling dat partijen en adviseurs vooraf afspraken maken over de omvang van hun zienswijzen en over de mee te zenden documenten (zowel in aantal en omvang). Partijen weten al hoeveel tijd zij daarvoor krijgen. De adviseurs wachten totdat zij van beide partijen de zienswijzen hebben ontvangen, waarna zij deze gelijktijdig naar de partijen doorgeleiden.<sup>15</sup>

Het is niet de bedoeling dat de partijen vervolgens op elkaars zienswijzen reageren. De volgende stap bestaat namelijk uit de door de adviseurs te initiëren vragenronde.

<sup>9</sup> Zie art. 2 lid 3 modelovereenkomst. Partijen doen dat op basis van een vooraf door hen opgestelde lijst van geschilpunten, zie daarover art. 3 modelovereenkomst.

<sup>10</sup> Zie art. 4 modelovereenkomst.

<sup>11</sup> Zie art. 5 modelovereenkomst.

<sup>12</sup> Zie art. 4 lid 3 modelovereenkomst.

<sup>13</sup> Zie voor een Engelstalig voorbeeld daarvan: <<https://iccwbo.org/publication/model-icc-terms-reference/>>.

<sup>14</sup> Zie art. 6 modelovereenkomst.

<sup>15</sup> Zie art. 6 lid 3 modelovereenkomst.

### 3.4 De schriftelijke vragenronde

De vierde stap houdt in dat de adviseurs partijen kort na het uitwisselen van de zienswijzen schriftelijk de bij hen naar aanleiding van de zienswijze gerezen vragen toezenden, binnen de tijd die zij hiervoor hebben afgesproken.<sup>16</sup> Dit kunnen gemeenschappelijke of partijgebonden vragen zijn, bijvoorbeeld:

- vragen ter verduidelijking of toelichting op de zienswijzen;
- vragen om te reageren op een onderdeel uit de zienswijze van de wederpartij;
- vragen over de feiten;
- vragen over de juridische onderbouwing;
- vragen over de achterliggende belangen van partijen;
- vragen gericht op het verkennen van oplossingsmogelijkheden.

Alle vragen worden in één document opgenomen, zichtbaar voor beide partijen, met per vraag de vermelding voor wie deze is bedoeld. De partijen moeten hun antwoorden weer binnen de in de planning afgesproken termijn bij de adviseurs indienen, zonder kopie aan elkaar. Zodra de adviseurs de antwoorden hebben ontvangen, zenden zij het gehele pakket gelijktijdig weer naar de betreffende partijen.<sup>17</sup>

### 3.5 Vaststelling feitencomplex

De vijfde stap is dat de adviseurs aan de hand van de voorgaande stappen, in overleg met partijen, het uit de zienswijzen en de antwoorden op de vragen te destilleren feitenoverzicht opstellen.<sup>18</sup> Als partijen het daarover eens zijn, dan volgt de zesde stap. Als partijen het niet eens kunnen worden over het feitenoverzicht, dan zullen de adviseurs samen met partijen verdere stappen zetten om alsnog overeenstemming daarover te krijgen. Als de feiten blijken af te wijken van het feitencomplex waarop partijen zich baseerden bij het indienen van hun zienswijzen, dan kunnen zij hun zienswijzen desgewenst daarop aanpassen.<sup>19</sup>

### 3.6 Interviews

De zesde stap houdt in dat de adviseurs de partijen ieder afzonderlijk kunnen interviewen over de door hen ingediende zienswijzen.<sup>20</sup> Zij dagen de partijen daarbij uit om zelf ook met oplossingen voor hun probleemstelling te komen, die recht doen aan de betrokken belangen. Deze interviews

zijn vertrouwelijk en er wordt geen verslag van gemaakt.<sup>21</sup>

Mocht de adviseurs worden gevraagd om in een volgend stadium een bindend advies te geven, dan is een aandachtspunt bij de interviews dat de adviseurs daarbij feiten en omstandigheden die hen vertrouwelijk zijn medegedeeld en waarop de andere partij niet heeft kunnen reageren niet in hun overwegingen mogen betrekken. Toch hebben zij die vertrouwelijk meegedeelde feiten en omstandigheden wel gehoord. Aan de ene kant zal dat ertoe kunnen leiden dat partijen mogelijk terughoudend zijn om de adviseurs het achterste van hun tong te laten zien. Aan de andere kant is het de vraag in hoeverre het in de wet geborgde beginsel van hoor en wederhoor hiermee in het gedrang kan komen. Dat kan problematisch zijn. Op grond van art. 7:904 lid 1 BW is een bindend advies immers vernietigbaar indien dit, in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan, in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou blijken te zijn. Dit stelt hoge eisen aan de evenwichtskunsten van de adviseurs: zij mogen die vertrouwelijke mededelingen niet als vaststaande feiten of erkenningen van de betreffende partij beschouwen. In de motivering van het al dan niet bindend advies zullen dergelijke mededelingen dan ook geen rol kunnen spelen. Toch valt niet uit te sluiten dat het juist dergelijke ontboezemingen zijn die de adviseurs in hun beslissing op een bepaalde koers hebben gezet.

In de praktijk blijken het echter juist deze vertrouwelijke interviews te zijn die een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan de oplossing van het geschil. Vaak helpt het stellen van vragen alleen al om partijen zelf inzicht te doen verkrijgen in de aard en omvang van het probleem: de schikkingsbereidheid neemt door de aldus verkregen inzichten toe. Kortom, als wij de hiervoor besproken voordelen van het houden van interviews afwegen tegen de nadelen, geven de voordelen de doorslag.

### 3.7 Mondelinge behandeling: bemiddeling

De zevende stap is de bijeenkomst van partijen, ook wel mondelinge behandeling.<sup>22</sup> Partijen ontvangen een uitnodiging voor een dergelijke bijeenkomst. Deze bijeenkomst kan ook online plaatsvinden.

De bijeenkomst heeft ten doel om te onderzoeken welke oplossingen mogelijk zijn. De oplossingsmogelijkheden kunnen komen van de partijen zelf, maar ook van de adviseurs. De bijeenkomst heeft in de eerste plaats het karakter van een door de advi-

<sup>16</sup> Zie art. 7 modelovereenkomst.

<sup>17</sup> Zie art. 7 lid 3 modelovereenkomst.

<sup>18</sup> Zie art. 8 modelovereenkomst.

<sup>19</sup> Zie art. 8 lid 4 modelovereenkomst.

<sup>20</sup> Zie art. 9 modelovereenkomst.

<sup>21</sup> Zie art. 9 lid 3 modelovereenkomst.

<sup>22</sup> Zie art. 10 modelovereenkomst.

seurs gefaciliteerde bemiddeling tussen partijen.<sup>23</sup> In veel gevallen blijkt dat tot een oplossing te leiden waardoor een advies niet meer nodig is. Partijen zijn immers tot een onderling vergelijk komen. De gevonden oplossing wordt door de adviseurs of door partijen zelf vastgelegd in een door partijen te ondertekenen vaststellingsovereenkomst.

Mocht het de adviseurs niet lukken om partijen geheel of gedeeltelijk tot een onderling vergelijk te laten komen, dan heeft het overleg met partijen, samen met de ingediende zienswijzen en de antwoorden op de gestelde vragen, in elk geval voldoende basis opgeleverd voor een conceptadvies. Dat is dan de volgende stap in deze procedure.

### 3.8 Indien nodig: het advies

De achtste stap is alleen nodig als partijen er zelf niet zijn uitgekomen. Indien er geen regeling tussen partijen tot stand komt, zullen de adviseurs een advies (eerst in concept) uitbrengen. Afhankelijk van de vooraf gemaakte afspraken daarover, is dat een *richtinggevend* advies dan wel een *bindend* advies.<sup>24</sup>

Een richtinggevend advies, de naam zegt het al, is een gemotiveerd advies dat in alles lijkt op een bindend advies, op één ding na: het is niet bindend, het geeft richting. Het doel van een richtinggevend advies is dat het partijen vervolgens voldoende prikkelt om zelf een oplossing te vinden, rekening houdend met de inhoud van het advies. Kortom, een zetje om de laatste hobbels zelf te nemen.

Een bindend advies daarentegen is het document bedoeld in art. 7:900 lid 2 BW, de vaststelling van de verhouding tussen partijen 'krachtens een aan een derde opgedragen beslissing'.

Voor de Presolve Zienswijzethode maakt het niet veel uit welk type advies de adviseurs opleveren. Het verdient uiteraard de voorkeur als partijen zelf tot een oplossing komen, aan de hand van een richtinggevend advies, zonder dat derden - c.q. de adviseurs - die knoop hoeven door te hakken.

Iets anders is dat partijen vooraf kunnen afspreken het richtinggevend advies vertrouwelijk te houden.<sup>25</sup> Mochten zij er vervolgens niet uitkomen dan mogen zij het advies in de daarop volgende arbitrage of gerechtelijke procedure niet in het geding brengen of zich daarop beroepen. Het vertrouwelijk karakter van het advies laat uiteraard onverlet dat partijen het onderling wel kunnen gebruiken om tot een oplossing te komen, c.q. aan hun ac-

countant kunnen laten zien ter rechtvaardiging van daaruit voortvloeiende verrekeningen. Ook is het zo dat partijen lering kunnen trekken uit een niet in hun voordeel uitvallend vertrouwelijk advies en in de daaropvolgende procedure die lessen in de praktijk kunnen brengen (bijvoorbeeld door andere argumenten te gebruiken, hun grondslag aan te passen, etc.).

Als partijen naar aanleiding van een richtinggevend advies alsnog tot overeenstemming komen, dan gebeurt dat in de vorm van een vaststellingsovereenkomst.<sup>26</sup>

In beide gevallen, richtinggevend of bindend advies, verzenden de adviseurs binnen de in de planning afgesproken tijd hun advies eerst in conceptvorm gelijktijdig aan partijen. Partijen kunnen daarop reageren, maar zeer beperkt: taalfouten, kennelijke fouten in de feitenvaststelling, kennelijke motiveringsgebreken.<sup>27</sup> Het is in ieder geval niet bedoeld als mogelijkheid om na te pleiten. Partijen dienen hun kanttekeningen op tijd in bij de adviseurs. Daarna volgt het definitieve advies, waarin de kanttekeningen zijn verwerkt voor zover dit door de adviseurs nodig of wenselijk werd geacht.<sup>28</sup>

De bedoeling van het uitbrengen van een conceptadvies is dat dit kan bijdragen aan de acceptatie door partijen van het definitieve advies.

In het (concept)advies nemen de adviseurs een gemotiveerd oordeel in over de standpunten die de partijen hebben ingenomen. Het kan - naast een oordeel in de vorm van een richtinggevend of bindend advies - ook aanbevelingen aan partijen bevatten hoe zij dergelijke problemen in de toekomst kunnen voorkomen. Het advies kan strikt juridisch zijn, maar het kan desgewenst ook handvatten geven voor oplossingen die bijvoorbeeld zijn gericht op een verbeterde samenwerking, het formuleren van een gemeenschappelijke doelstelling, aanbevelingen voor de projectorganisatie, communicatie tussen partijen, etc.

Partijen kunnen in plaats van een conceptadvies ook vragen om een zogenaamd 'tussenadvies'. In dit advies staat gemotiveerd in welke mate de partijen zouden moeten bijdragen aan de kosten en schade en de hiertoe gebruikte grondslagen. Partijen kunnen vervolgens zelf aan de slag om de uiteindelijke bedragen en/of aanpassingen in de planning te bepalen. Zekerheidshalve: ook dit advies is, evenals het hiervoor beschreven definitieve advies, aan een termijn gebonden.

<sup>23</sup> Zie art. 10 lid 2 modelovereenkomst.

<sup>24</sup> Zie de artikelen 11 en 12 modelovereenkomst.

<sup>25</sup> Zie art. 11 lid 4 modelovereenkomst.

<sup>26</sup> Zie art. 11 lid 5 modelovereenkomst.

<sup>27</sup> Zie art. 11 lid 2 en art. 12 lid 3 modelovereenkomst.

<sup>28</sup> Zie art. 11 lid 3 en art. 12 lid 4 modelovereenkomst.



#### 4. Achterliggende gedachten

De Presolve Zienswijzemethode heeft zoals gezegd qua procedure wel wat weg van de Fast Track Bindend Advies procedure zoals deze, in samenwerking met Presolve, in 2016 door de Raad van Arbitrage voor de Bouw is geïntroduceerd.<sup>29</sup> Het verschil is echter dat de Fast Track Bindend Advies procedure eindigt in een weliswaar voor de verdere uitvoering van het project bindende beslissing, maar een dergelijke beslissing heeft per definitie een voorlopig karakter omdat de partij die het niet met het advies eens is, na oplevering daarover alsnog kan gaan arbitreran.

Wij beoogden een aanpak die het probleem of conflict enerzijds klein houdt (verdere escalatie voorkomt) en anderzijds zo breed mogelijk toont, maar die tegelijkertijd grenzen stelt aan de tijd om tot een oplossing te komen. Daarbij wilden wij recht doen aan het gegeven, dat partijen oplossingen die in onderling overleg zijn bereikt beter naleven dan oplossingen die hen door derden worden opgelegd.<sup>30</sup> De snelheid en de proactieve houding van de adviseurs in de procedure - vragen stellen, interviews, bijeenkomst - draagt bovendien bij aan het onderlinge vertrouwen en dus aan de goede samenwerking.

Een zo breed mogelijk beeld van een conflict of meningsverschil is nodig om bij de oplossing ervan zoveel mogelijk recht te doen aan alle betrokken facetten en belangen. Conflicten of meningsverschillen zijn zelden uitsluitend juridisch van aard. Meestal blijken ze een samenspel te zijn van meer factoren, zoals juridische, technische, financiële, logistieke, organisatorische, emotionele en karakterologische toe. De beste oplossing doet recht aan dit samenspel. Wie één van deze facetten isoleert, zoekt eerder een antwoord op de vraag wie de schuld of de meeste schuld draagt voor het gebeurde, dan op de vraag welke oplossing van het probleem of conflict of daarnaast ook het project verder helpt op het pad naar succes. Veel problemen en conflicten zijn eerder projectgebonden dan partijgebonden. De oplossing ervan zou dan ook, zoals wij hierboven al opmerkten, eerder een projectbelang dan een partijbelang moeten zijn.

Omdat deze methode op gezamenlijk initiatief van partijen wordt uitgevoerd en zij beiden belang hebben bij een spoedige oplossing van hun problemen, is het gebruikelijk om vooraf af te spreken dat de kosten ervan 50/50 worden gedeeld. Natuurlijk kunnen partijen daarvan afwijken: soms stelt de opdrachtgever voor alle kosten te betalen,

en soms laten partijen de kostentoedeling aan adviseurs over. Maar de basisgedachte is de kosten gelijkelijk te delen.

#### 5. Besluit: verschillen en overeenkomsten tussen de Presolve Zienswijzemethode en andere methoden

Zowel de arbitrale- als gerechtelijke procedures zijn primair gericht op het beslechten van een geschil, waarbij de bevoegdheden en verplichtingen van rechters en arbiters aan regels zijn gebonden. Partijen krijgen de ruimte om tegenover een eis een tegeneis te formuleren, die vervolgens te attaqueren dan wel te verdedigen en daarbij nieuwe argumenten aan te dragen. Dit leidt gemakkelijk tot een patroon van actie en reactie waardoor die procedures zowel kunnen neigen tot uitbreiding en verlenging als bijdragen aan een verdere escalatie van het conflict, zeker als dat gebeurt terwijl het project nog in uitvoering is. Het zoeken naar een oplossing die én tegemoet komt aan alle facetten van het conflict en de daarbij betrokken belangen én het project vooruithelpt op de weg naar een succesvolle oplevering, valt buiten de taak van zowel arbiters als rechters.

Daarom staat tegenover het concept 'eis' en 'antwoord' die we kennen uit de traditionele procedure in de Presolve Zienswijzemethode een gemeenschappelijke vraagstelling centraal. Het is de eerste stap om het meningsverschil zo laag mogelijk op de escalatieladder te houden, namelijk daar waar de ratio nog dominant is. Daarom ook staat tegenover de aan bevoegdheden en verplichtingen gebonden rechter of arbiter, de op onderhandeling gerichte adviseur die ongebonden kan ingaan op alle aspecten van het meningsverschil en die bovendien in overleg met de partijen van de Zienswijzemethode maatwerk kan maken.

Door het gelijktijdig maar onafhankelijk van elkaar indienen van de zienswijzen is het erg lastig voor partijen om 'kaarten voor de borst te houden'. Zij kunnen evenmin vroegtijdig op elkaars zienswijze reageren; in die fase is het de bedoeling dat partijen slechts luisteren naar elkaars volledige verhaal. Partijen bieden hierdoor de adviseurs een vaak betere en bredere kijk op het conflict of meningsverschil en op de eventuele oplossingsmogelijkheden. Een mogelijke ongelijkheid tussen partijen vanwege het niet tegelijk voor de draad (hoeven) komen met de partijstandpunten, wordt daardoor eveneens geëlimineerd.

De lijdelijkheid van arbiters en rechters sluit goed aan bij hun wijze van beslechten van geschillen. Zij richt zich primair op de ingestelde vorderingen en daarmee het verleden: waarover zijn partijen het eens, wie heeft wat gedaan en hoever strekt ieders verantwoordelijkheid voor het gebeurde. De Presolve Zienswijzemethode is in de eerste plaats ge-

<sup>29</sup> Zie: <<https://raadvanarbitrage.nl/content/77/0/fast-track-bindend-advies.html>>.

<sup>30</sup> Zie H.F.A. Sprangers, *De praktijk van geschilbemiddeling in bouw, vastgoed, gebiedsontwikkeling en infra*, Den Haag: SDU Uitgevers 2015, p. 59-60.

richt op onderhandeling tussen partijen over hun probleem of conflict. Daarom ligt het voor de hand dat adviseurs, zodra zij een goed inzicht hebben in de problematiek, meteen een actieve rol aannemen. Deze blijkt uit het maatwerk in de aanpak van de procedure, maar komt nadrukkelijk ook naar voren bij de vragen die zij stellen en uit hun zoeken naar alternatieve oplossingen. In de tweede plaats richt de Zienswijzemethode zich vanaf het begin op de toekomst, al ontslaat dit partijen niet van hun verantwoordelijkheid voor het verleden. Wie meer heeft bijgedragen aan de problemen waarover het meningsverschil gaat, zal dit ook aan de oplossing moeten doen, al kan de schriftelijke formulering van de gevonden oplossing dit feit maskeren om de samenwerking te schragen.

Het formuleren van een gemeenschappelijke vraagstelling, de uitwisseling van zienswijzen en de vragen van deskundigen, zij vervangen gezamenlijk de dagvaarding met de eis, het antwoord, de re- en duplieken van een reguliere procedure. Dit blijkt de partijen in een vroeg stadium al goed op weg te helpen naar een vergelijk. Het patroon van 'actie-reactie' vormt bij veel problemen of conflicten eerder een blokkade op die weg.

De gezamenlijke bijeenkomst met partijen heeft, zoals gezegd, het karakter van een bemiddeling door adviseurs. Er wordt zoveel mogelijk ruimte gegeven aan partijen om op eigen kracht een oplossing te vinden. Dit sluit aan op het gegeven dat zulke oplossingen snel en goed worden nageleefd. Desondanks zullen ook de adviseurs met voorstellen komen, daar zij als buitenstaanders onbevangen naar het conflict of meningsverschil en de mogelijke oplossingen ervoor kunnen kijken. Dit samenspel tussen partijen en adviseurs blijkt vaak voldoende te zijn voor een onderling vergelijk. Het sluit niet uit dat partijen gezamenlijk soms voor een bepaalde

kwestie die om specifieke deskundigheid vraagt het advies inroepen van een expert. De mondelinge behandeling lijkt op de comparitie in een gerechtelijke procedure, alleen is de bewegingsruimte van de adviseurs groter dan die van de rechters, zowel bij het stellen van vragen als bij het doen van voorstellen.

Het sluitstuk van de Presolve Zienswijzemethode lijkt op die van de gerechtelijke en arbitrale procedure, alleen kunnen adviseurs aan alle facetten van het probleem - dus ook andere dan juridische en technisch/financiële - hun aandacht geven: er is geen beperking. Dit is zowel een nadeel als een voordeel. Het nadeel is het veelvoud aan facetten, het voordeel is de erkenning die partijen zullen voelen van datgene waar zij mee zaten. Daarnaast kunnen adviseurs, anders dan rechters en arbiters, eerst een concept aan partijen voorleggen. Dat draagt bij aan de acceptatie van het definitieve advies.

Het spiegelbeeld van het hiervoor omschreven voordeel van de Zienswijzemethode kan door partijen meteen ook worden ervaren als een nadeel. De adviseurs zijn gefocust op het vinden van oplossingen die recht doen aan alle belangen en dringen daarbij ook verder door in de interne domeinen van de partijen. Partijen die te zeer bezig zijn met de mogelijkheid dat diezelfde adviseur de aldus verkregen gegevens kan laten meewegen bij een later te geven bindende beslissing, zouden wellicht terughoudend kunnen zijn bij het meewerken daaraan en mogelijk hun kaarten stevig tegen de borst kunnen houden. Die houding draagt niet bij aan het tot stand brengen van oplossingen die in het belang van het project c.q. daarmee in het belang van beide partijen, zijn. Het is de taak van de adviseurs die valkuil te omzeilen. Daarmee is ook het element 'het kunnen verleiden' onderdeel van het profiel van de adviseurs. ●